



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA (E)

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 68001-23-31-000-2010-00502 01 [21135]

Actor: OMAR LUIS SUAREZ GALÁN (NIT. 91.256.207)

Demandado: DIAN

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 17 de octubre de 2013, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander negó la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta a cargo del demandante para el año 2006.



ANTECEDENTES

El 21 de mayo de 2007, OMAR LUIS SUÁREZ GALÁN presentó declaración de renta y complementarios del año 2006, corregida en dos oportunidades, los días 8 y 16 de octubre del mismo año¹.

La última corrección reportó ingresos netos de \$5.468.761.000, gastos operaciones de ventas de \$961.310.000, un impuesto a cargo de \$107.741.000, imponer sanción por inexactitud de \$250.925.000 y un saldo a pagar de \$5.215.000.

Previa apertura de investigación por el programa DT Denuncias de Terceros, la DIAN emplazó al contribuyente para corregir la declaración presentada, ajustando el valor total de los ingresos².

Por Requerimiento Especial 40762008000018 del 9 de junio de 2008³ se propuso modificar la declaración privada, en el sentido de aumentar los ingresos netos a \$5.868.190.000, disminuir los gastos operaciones de ventas a \$933.393.000, incrementar el impuesto a cargo a \$264.569.000, imponer sanción por inexactitud de \$250.925.000 y determinar el saldo a pagar en \$412.968.000.

Mediante Liquidación Oficial de Revisión 42412009000006 del 23 de febrero de 2009 se aceptó la propuesta de modificación planteada en el

¹ Fls. 196-194, C. 1

² Fls. 150-156, C. 1

³ Fls. 105-118, C. 1



requerimiento especial y, por Resolución 900018 del 12 de marzo de 2010, se confirmó esa decisión, en sede del recurso de reconsideración interpuesto⁴.

LA DEMANDA

Omar Luis Suárez Galán demandó la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión 042412009000006 del 23 de febrero de 2009 y de la Resolución 900018 del 12 de marzo de 2010.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare en firme la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios a su cargo, para el año 2006.

Invocó como violados los artículos 26, 27, 126-1, 647 y 694 del Estatuto Tributario. Sobre el concepto de violación expuso, en síntesis:

Los retiros de aportes voluntarios a fondos de pensiones, que no cumplan los requisitos legales, adquieren la connotación de ingresos gravados y no de rentas gravables.

Mientras que los primeros son un elemento que integra la base de purable para determinar la renta líquida gravable, las segundas no permiten legalmente ninguna depuración.

⁴ Fls. 20-41, 55-78, C. 1



Mientras los actos demandados adicionan rentas gravables, lo permitido por las normas tributarias es adicionar ingresos gravados cuando se reúnen los requisitos legales.

Los aportes voluntarios a los fondos de pensiones se consideran un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, que no hace parte de la base para aplicar la retención en la fuente por salarios. Para que dichos aportes puedan acceder a los beneficios mencionados, deben hacerse a las entidades señaladas legalmente y no exceder del 30% del ingreso laboral o ingreso tributario del año; no se requiere que el monto de los aportes se mantenga en el fondo por el término mínimo de 5 años.

La DIAN desborda su capacidad interpretativa al pretender reversar el beneficio adquirido por el demandante, so pretexto del incumplimiento de un requisito no exigido por el artículo 126-1 del ET para el retiro de los aportes voluntarios.

Dicho artículo prevé un primer momento para la realización de los aportes voluntarios a las entidades autorizadas por el inciso 3º ibídem, y un segundo momento para retirar los provenientes de ingresos excluidos de retención en la fuente.

La DIAN centra la discusión en los beneficios recibidos al momento de hacer los aportes al fondo, es decir en el 2005; sin embargo, el año objeto de investigación es el 2006, de modo que el cuestionamiento sobre los



beneficios recibidos durante el 2005 quebranta el principio de independencia de las liquidaciones.

Es decir, el tema debatido en la actuación administrativa gira en torno a la inclusión en la declaración de renta de 2006, de los retiros de aportes voluntarios provenientes de ingresos sometidos a retención en el año 2005. Para dichos retiros solo debe verificarse si los mismos provienen de ingresos sometidos o excluidos de retención en la fuente, independientemente del año en que se realizaron los aportes.

La DIAN reconoce que el retiro de aportes voluntarios constituye un ingreso gravado, siempre que se origine en aportes provenientes de ingresos que se excluyeron de retención.

El demandante hace ventas a clientes ubicados a lo largo del territorio nacional, siendo operativamente imposible que ellos descuenten de los pagos que hacen y que son ingreso para el vendedor, hasta un 30% del monto del aporte voluntario para consignarlo directamente al demandante; con el único objetivo de que quede excluido de la base de retención y se convierta en un ingreso no constitutivo de renta.

Para que se aplique el beneficio de exclusión de la base de retención, el aportante o beneficiario del pago debe informar tal hecho al cliente, quien es su agente de retención, mediante un escrito que exprese su voluntad de hacer los aportes voluntarios al fondo de pensiones.



El beneficio de las sumas de los aportes voluntarios se conviertan en un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, sólo opera para los aportantes declarantes de renta que consignan sus aportes en las entidades autorizadas por la ley.

No puede decirse que los aportes voluntarios de las personas naturales a los fondos de pensiones no hacen parte de la base para aplicar la retención en la fuente, porque la exclusión de la base de retención opera en el caso de que el aportante realice sus aportes indirectamente. Por mandato legal, las personas naturales pueden realizar aportes voluntarios directos, con ingresos gravados sometidos a retención en la fuente.

El demandante hizo aportes al fondo de pensiones con ingresos sujetos a retención en la fuente y los aportes voluntarios sometidos a retención en la fuente no están llamados a cumplir el requisito mínimo de permanencia de 5 años en el fondo de pensiones, ni, por ende, considerarse ingresos gravados al momento del retiro.

Para que los aportes retirados tengan la calidad de ingresos gravados por no cumplir el requisito mínimo de permanencia de 5 años, deben provenir de ingresos excluidos de retención en la fuente.

En otros términos, las normas tributarias preceptúan que el retiro de aportes voluntarios provenientes de ingresos excluidos de retención en la fuente o que no se sometieron a retención, constituyen un ingreso gravable para el partícipe y están sometidos a retención en la fuente por parte de la sociedad



administradora, siempre que se originen en aportes provenientes de ingresos excluidos de retención en la fuente.

De esa manera el legislador quiso evitar la retención en la fuente en varias ocasiones por el mismo concepto. Así, cuando la ley prevé que los retiros de aportes deben cumplir la condición de origen (que provengan de ingresos excluidos de retención en la fuente), buscó evitar las múltiples retenciones respecto de idéntica causa.

Los ingresos de donde provienen los aportes voluntarios retirados en 2006, fueron consignados en el año 2005 en el Fondo Santander y se sometieron a retención en la fuente, de manera que al momento de retirarse no podía aplicárseles nueva retención. La retención en la fuente sólo se aplica para operaciones económicas en las que existan ingresos gravados.

Los aportes del demandante se sometieron a retención y al así haber ocurrido, la realización del ingreso o causación fiscal y contable se presentó al recibir el aporte y no al rescindir la inversión en el fondo. En consecuencia, el retiro del aporte no obedeció a la realización de un ingreso que deba incluirse en el denuncia rentístico del año 2006 como ingreso gravado, pues ese tipo de ingresos con los que se hicieron los aportes fueron declarados en el año 2005.

El retiro de aportes voluntarios no constituye ingreso ordinario ni extraordinario realizado fiscalmente en el año 2006 y tampoco incrementó el



patrimonio del poderdante. El retiro solo implica reembolsar el capital de una inversión mantenida en el fondo de pensiones por cierto tiempo.

Como el demandante se encuentra obligado a llevar contabilidad, sus ingresos se causan en el periodo gravable en que los realiza. Al retirar los aportes voluntarios, el demandante registró en sus libros de contabilidad el reembolso del capital de la inversión, afectando las cuentas de balance y no las de resultado.

No procede la sanción impuesta por inexactitud, porque la discusión gira en torno al alcance mismo de la ley frente al retiro de aportes voluntarios de ingresos sometidos a retención en la fuente, en tanto el demandante considera que no son ingresos gravados declarables en el año 2006 y la DIAN estima que sí lo son cuando no cumplen el requisito de permanencia mínima, independientemente de que provengan de ingresos sometidos a retención en la fuente.

Existe entonces una discrepancia entre las partes respecto de la aplicación de las normas tributarias que regulan el retiro de aportes voluntarios, provenientes de argumentaciones serias y razones jurídicas que amparan las actuaciones y pretensiones del contribuyente.

LA OPOSICIÓN

La Administración, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:



Para que los aportes a fondos de pensiones se consideren ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, hasta una cantidad que no exceda el 30% del ingreso tributario anual, deben permanecer por lo menos 5 años en dichos fondos, y si se retiran antes de ese tiempo se consideran ingresos gravados sometidos a retención en la fuente por parte de la sociedad administradora, siempre y cuando se originen en aportes provenientes de ingresos excluidos de retención.

Así, los aportes del demandante se consideraron ingresos no constitutivos de renta y no sometidos a retención en la fuente en el año 2005, pero al retirarlos en el año 2006, es decir, antes de los 5 años mencionados, pasaron a ser ingresos gravados pasibles de retención en la fuente.

Los aportes voluntarios de las personas naturales no hacen parte de la base para aplicar la retención en la fuente, precisamente porque se consideran ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional. Los aportes voluntarios provenientes de ingresos objeto de retención no están sujetos a nueva retención cuando refieren a conceptos diferentes de los previstos en el artículo 126-1 del ET.

La sanción por inexactitud debe mantenerse porque el demandante omitió ingresos gravados y generó un menor impuesto a pagar, sin que se trate de diferencias de criterio, porque la norma es clara en señalar el tratamiento fiscal de los aportes y retiros voluntarios en fondos, y los rendimientos financieros que producen.



Si se hubieran declarado los valores que corresponden, la renta líquida habría aumentado y el saldo a favor disminuido.

Los actos demandados no incurrieron en ninguna causal de nulidad, pues los supuestos de hecho y de derecho que muestran los actos demandados conducían a adoptar las decisiones que ahora se acusan.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Los retiros de aportes voluntarios al Sistema General de Pensiones constituyen ingreso gravable sometido a retención en la fuente por parte de la misma sociedad administradora, siempre que se originen en ingresos excluidos de dicha retención.

Para ello, los aportes voluntarios realizados después del 1º de enero de 1998 deben permanecer en el fondo por un periodo mínimo de 5 años.

El demandante consignó aportes al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander en el 2005, e hizo los retiros en el 2006, de manera que no cumplió el requisito de permanencia anteriormente señalado.

EL RECURSO DE APELACIÓN



El demandante apeló la sentencia.

Al efecto, adujo que el a quo no analizó la procedencia de la sanción por inexactitud de acuerdo con las razones expuestas en el acápite de la demanda denominado “sanción de inexactitud improcedente”, cuya transcripción incorpora, resaltando que la diferencia de criterios en la interpretación de la ley hace improcedente la imposición de dicho mecanismo represor.

En el mismo sentido solicitó que se aclarara y complementara el fallo proferido⁵.

De otra parte, alega el apelante que la sentencia no tuvo en cuenta las normas tributarias invocadas en la demanda, sino que sólo se refirió a la tributación de los aportes voluntarios frente a la permanencia de éstos en los fondos de pensiones, por 5 años.

Insiste en que la calificación de un ingreso como gravado depende de la retención en la fuente, de modo que cuando los ingresos son objeto de la misma, es injusto e ilegal pretender gravarlos nuevamente con su inclusión en la declaración de renta.

Puntualiza que los aportes se realizan a manera de inversión, independientemente de que en el año en que se realiza la consignación la ley

⁵ Escrito visible en los folios 519 a 523 de este cuaderno.



los considere ingresos no constitutivos de renta. Lo que discute la DIAN es el retiro de dichos aportes.

En lo demás, reitera el argumento sustancial de que los retiros provenientes de ingresos excluidos de retención en la fuente y que por esa vía hubieren pagado el impuesto de renta, no son ingresos gravados en su momento. Sobre el particular, se retoma la transcripción del primer aspecto que aborda el concepto de violación del libelo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandada** anotó que los actos demandados se ajustan a derecho, porque las cifras declaradas no fueron totales, en tanto se omitieron ingresos considerados fiscalmente gravados, en cuanto no permanecieron 5 años en el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander.

No existe diferencia de criterios alguna respecto de las normas en las que se fundamentó la actuación enjuiciada, pues el texto de las mismas no es oscuro, confuso, de difícil comprensión ni objeto de distinta interpretación judicial.

El demandante omitió ingresos considerados fiscalmente como gravados, con ocasión del retiro de aportes voluntarios, toda vez que no permanecieron cinco años en el fondo de pensiones, para poderlos considerar no constitutivos de renta.



La diferencia de criterio debe versar sobre la interpretación del derecho aplicable y no sobre el desconocimiento del ordenamiento jurídico o la aplicación de una norma diferente a la que corresponde observar.

El **demandante** no alegó de conclusión.

El **Ministerio Público** no conceptuó.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Provee la Sala sobre la legalidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre la renta a cargo del demandante para el año gravable 2006.

En los términos del recurso de apelación, corresponde establecer si los aportes voluntarios al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander, en el año 2005, y sobre los cuales se aplicó retención en la fuente, debían reportarse como ingresos gravados en la declaración de renta del año 2006, cuando se retiraron de dicho fondo.

Según el apelante, el retiro de ese tipo de aportes constituiría ingreso gravable declarable en renta por no permanecer 5 años en el fondo de pensiones, sólo en el caso de que dichos aportes provinieran de ingresos excluidos de retención de retención en la fuente.



En ese sentido, afirma que el retiro del aporte no obedece a la realización de un ingreso en el año 2006, porque en esa vigencia sólo se reembolsó la inversión hecha en el 2005, sin hacerse pago alguno generador de ingreso gravado.

Para la DIAN, en cambio, el retiro de dichos aportes constituye ingreso gravable para el año 2006, en cuanto no permanecieron 5 años en el Fondo de Pensiones y Cesantías, independientemente de que los aportes provengan de ingresos sometidos a retención en la fuente.

Para resolver este problema jurídico se remite la Sala a los textos legales marco del tratamiento tributario de aportes voluntarios a fondos de pensiones, vigentes para cuando se presentó la declaración de renta objeto de modificación oficial. Dicen ellas:

“ESTATUTO TRIBUTARIO

ART. 126-1. *Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, son deducibles las contribuciones que efectúen las entidades patrocinadoras o empleadoras, a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de cesantías. Los aportes del empleador a los fondos de pensiones serán deducibles en la misma vigencia fiscal en que se realicen.*

El monto obligatorio de los aportes que haga el trabajador o el empleador al fondo de pensiones de jubilación o invalidez, no hará parte de la base para aplicar la retención en la fuente por salarios y será considerado como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional.

Los aportes voluntarios que haga el trabajador o el empleador, o los aportes del partícipe independiente a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto



2513 de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos privados de pensiones en general, no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente y serán considerados como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, hasta una suma que adicionada al valor de los aportes obligatorios del trabajador, de que trata el inciso anterior, no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año, según el caso.

Los retiros de aportes voluntarios, provenientes de ingresos que se excluyeron de retención en la fuente, que se efectúen al sistema general de pensiones, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos privados de pensiones en general, o el pago de rendimientos o pensiones con cargo a tales fondos, constituyen un ingreso gravado para el aportante y estarán sometidos a retención en la fuente por parte de la respectiva sociedad administradora, si el retiro del aporte o rendimiento, o el pago de la pensión, se produce sin el cumplimiento del siguiente requisito de permanencia:

Que los aportes, rendimientos o pensiones, sean pagados con cargo a aportes que hayan permanecido por un período mínimo de cinco (5) años, en los fondos o seguros enumerados en el inciso anterior del presente artículo, salvo en el caso de muerte o incapacidad que dé derecho a pensión, debidamente certificada de acuerdo con el régimen legal de la seguridad social.

Se causa retención en la fuente sobre los rendimientos que generen los ahorros en los fondos o seguros de que trata este artículo, de acuerdo con las normas generales de retención en la fuente sobre rendimientos financieros, en el evento de que éstos sean retirados sin el cumplimiento del requisito de permanencia antes señalado.

Como se ve, la norma legal establece una serie de beneficios tributarios a favor de los empleadores y entidades patrocinadoras que hacen contribuciones a los Fondos de Pensiones de Jubilación e Invalidez y Fondos de Cesantías, y de los empleadores, los trabajadores y los partícipes independientes, que hacen aportes voluntarios a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513



de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos privados de pensiones en general.

En relación con las contribuciones, el beneficio se concreta en la deducción de las mismas en la vigencia fiscal en que se realizan.

Respecto de los aportes obligatorios, se prevé su exclusión de la base para aplicar la retención en la fuente por salarios, y el tratamiento de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional.

Para los aportes voluntarios se dispusieron incentivos similares, a saber: la exclusión de tales sumas de la base para aplicar retención en la fuente y la estimación de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, para el valor que adicionado a los aportes obligatorios del trabajador, no exceda el 30% del ingreso laboral o tributario anual.

Igualmente, de la norma se deduce una condición implícita de tipo temporal para la vigencia de los beneficios mencionados, al establecer la pérdida de los mismos frente al hecho de que los aportes provenientes de ingresos excluidos de retención en la fuente, se retiren antes de transcurrir 5 años a partir del momento en que se consignan.

En otras palabras, para que los beneficios operen, los aportes consignados al sistema general de pensiones, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos



privados de pensiones en general, deben permanecer en ellos por lo menos 5 años.

Paralelamente, el legislador dispuso una excepción a la consecuencia jurídica del retiro antes de cumplirse el mencionado tiempo de permanencia, consistente en la muerte o incapacidad que de derecho a la pensión y que se encuentre certificada conforme al régimen de seguridad social.

De tal regulación, se extrae una regla general que rige la solución del problema jurídico puesto a consideración de la Sala: la de que los recursos provenientes de los retiros de aportes voluntarios realizados con ingresos excluidos de retención en la fuente, constituyen ingreso gravado para el aportante y se someten a retención en la fuente por parte de la sociedad administradora, siempre que se paguen con cargo a aportes que no permanezcan en los fondos o seguros por un periodo mínimo de cinco años.

Por su parte, al reglamentar la disposición legal que se viene analizando y los aspectos tributarios relacionados con el Sistema General de Seguridad Social, el Decreto 841 de 1998 dispuso:

“Artículo 14. El monto de los aportes voluntarios que hagan el trabajador, el partícipe independiente, o el empleador, a los fondos de pensiones de que trata la Ley 100 de 1993, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos privados de pensiones en general, no hará parte de la base para aplicar la retención en la fuente y será considerado como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional hasta la suma que adicionada al valor de los aportes obligatorios a cargo del



trabajador o el partícipe independiente, no exceda del veinte por ciento (20%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año, según el caso.

El monto de los aportes voluntarios del empleador, que adicionado al monto de los aportes obligatorios y voluntarios del trabajador exceda del 20% del ingreso laboral, estará sujeto a las normas generales aplicables a los ingresos gravables del trabajador y en consecuencia, hará parte de la base para aplicar la retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta.

Parágrafo. Los aportes que realice el empleador a los fondos de pensiones de que trata la Ley 100 de 1993, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos privados de pensiones en general, serán deducibles para éste en el mismo período gravable en que se realicen.

Constituye renta líquida para el empleador, la recuperación de las cantidades concedidas en uno o varios períodos gravables como deducción de la renta bruta por aportes voluntarios de éste a los fondos de pensiones, así como los rendimientos que haya obtenido, cuando no haya lugar al pago de pensiones a cargo de dichos fondos con dichas cantidades y se restituyan los recursos al empleador.”

Por su parte, el artículo 16 del mismo reglamento señaló que los retiros de los aportes voluntarios, constituían un ingreso gravable para el partícipe, afiliado o asegurado, según el caso, y que se sometían a retención en la fuente por parte de la respectiva sociedad administradora, siempre que se originaran en aportes provenientes de ingresos excluidos de retención en la fuente.

Al tiempo, exceptuó de esta regla a los retiros totales o parciales de aportes realizados con posterioridad al 1º de enero de 1998⁶, que hubieren

⁶ Para el caso de aportes realizados antes del 1º de enero de 1998, los cinco (5) años de permanencia empezaban a contarse a partir de dicha fecha.



permanecido por lo menos cinco años en los fondos; y, tratándose de los retiros destinados al pago de la pensión periódica y vitalicia, que además de permanecer ese tiempo mínimo, el aportante hubiere cumplido con los requisitos legales para acceder a la pensión.

Finalmente, se advirtió que los retiros de aportes voluntarios originados en ingresos objeto de retención en la fuente o en ingresos exentos o no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, no estarían sujetos a una nueva retención.

Ahora bien, el artículo 16 que se trae a colación, fue modificado por el artículo 3⁷ del Decreto 2577 de 1999⁸, en el siguiente sentido:

“Los retiros de aportes voluntarios o sus rendimientos, del sistema general de pensiones, de los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, de los seguros privados de pensiones en general, o el pago de pensiones con cargo a tales aportes voluntarios, constituyen un ingreso gravable para el partícipe, afiliado o asegurado, según el caso,

⁷ Esta norma fue adicionada con un literal c), por disposición del artículo 8 del Decreto 379 de 2007, que reglamentó la Ley 1111 de 2006. Dicho literal dispuso: “c) Los retiros de aportes voluntarios en fondos privados de pensiones antes de que transcurran cinco (5) años, contados a partir de la fecha de su consignación, serán considerados ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional para el trabajador, siempre y cuando se destinen exclusivamente a la amortización de capital de créditos hipotecarios para adquisición de vivienda otorgados a partir del 1° de enero de 2007 por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, o cuando se destinen a la adquisición de vivienda sin financiación, siempre que en este último caso se cumplan las siguientes condiciones”.

La expresión subrayada fue anulada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 5 de noviembre de 2009, exp. 16722, bajo el entendido de que modificaba y restringía el alcance del artículo 67 de la Ley 1111 de 2006, en cuanto limitaba el beneficio de retirar de los fondos privados de pensiones antes de los cinco años de permanencia sin efectuar la retención dejada de practicar, cuando se iba a amortizar capital de créditos hipotecarios de vivienda o cuando se iba a adquirir vivienda sin financiación, no obstante que dicha norma superior preveía el beneficio cuando la adquisición de vivienda era con o sin financiación. Entonces, la expresión “sin financiación” excluía de los supuestos de hecho de esa norma a la adquisición de vivienda “con financiación”.

⁸ Por el cual se modifica el Decreto 841 del 5 de mayo de 1998, se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario y la Ley 100 de 1993 en los aspectos tributarios relacionados con la Seguridad Social.



y estarán sometidos a retención en la fuente por parte de la respectiva sociedad administradora siempre que tengan su origen en aportes provenientes de ingresos que se excluyeron de retención en la fuente.

Se exceptúan de la regla prevista en el inciso anterior, los retiros totales o parciales de aportes voluntarios o de rendimientos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Tratándose de retiros de aportes y/o rendimientos, realizados con posterioridad al 1° de enero de 1998, que los aportes hayan permanecido por lo menos cinco (5) años en tales fondos o seguros, y que, los rendimientos hayan sido generados por aportes que cumplan dicho requisito de permanencia.

En el caso de aportes realizados con anterioridad al 1° de enero de 1998, los cinco (5) años de permanencia de los aportes en los fondos o seguros, empezarán a contarse a partir de dicha fecha;

b) Tratándose de retiros de aportes y/o rendimientos destinados al pago de la pensión, esto es, al pago periódico y vitalicio, que los aportes hayan permanecido por lo menos cinco (5) años en tales fondos o seguros y el aportante haya cumplido con los requisitos señalados en la ley para acceder a la pensión. Para estos efectos, bastará que se pueda establecer desde el punto de vista financiero, que la mesada pensional pueda ser financiada con recursos que hayan permanecido en el fondo o en la aseguradora, por un período mínimo de cinco (5) años.

Los retiros de aportes voluntarios que tengan su origen en ingresos que fueron objeto de retención en la fuente o en ingresos exentos o no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, originados en conceptos diferentes a los previstos en el artículo 126-1 del Estatuto Tributario, no estarán sujetos a una nueva retención.

(...)"

A la luz de este contexto normativo, el tiempo de permanencia de cinco años de los aportes voluntarios en los Fondos de Pensiones es la única condición legal para que no constituyan ingreso gravable para el partícipe independiente, afiliado o asegurado, y para que la entidad administradora



correspondiente no les aplique retención en la fuente.

Y si bien la regulación proscribe la retención en la fuente para los retiros de aportes voluntarios originados en ingresos a los que se les aplicó la misma, para así evitar dobles pagos por el mismo concepto, tal mandato opera con absoluta independencia del requisito de permanencia que explícitamente previó la ley para la vigencia de los beneficios de exclusión de la base de depuración del impuesto declarable, bajo la cualificación de ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional.

Así, todo retiro de aportes que no cumplan la condición temporal de cinco años en los fondos de pensiones voluntarios constituye un ingreso gravado que debe informarse en la declaración de renta del periodo en el que se realiza el retiro, y sobre el cual puede practicarse retención en la fuente cuando los aportes retirados se hacen con ingresos a los que dicha retención no se les ha aplicado.

En el caso concreto, se observa que a los ingresos percibidos por el demandante en el año 2005 se les aplicó retención en la fuente por mandato de normas legales, como insistentemente lo señala el concepto de violación de la demanda, sin entrar a detallar el porcentaje al que se le aplicó dicho mecanismo anticipado de pago del impuesto, ni cuestionar nada al respecto.

Paralelamente, se constata que el valor de dichos ingresos destinado a aportes parafiscales (\$385.160.000) fue incluido en la declaración de ese año como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, de modo que el



mismo no pudo hacer parte de la renta líquida gravable (fls. 30, 67 a 69, c. 1), sin que las pruebas aportadas demeriten tal verificación o los cargos de nulidad se opongán a la misma.

En esas condiciones, tales ingresos podían tomarse como gravados en el año 2006, porque claramente incrementaron el patrimonio neto del contribuyente al momento de percibirlo y, en esa medida, generaban impuesto de renta. Cosa distinta sería que el demandante hubiera demostrado que en el 2005 declaró como gravables los ingresos que fueron objeto de retención, porque entonces el gravamen en el 2006 implicaría una doble tributación por el mismo concepto.

Así mismo debe entenderse que el poder fiscalizador e investigador respecto de la declaración de renta del año 2006, año en el que se retiraron los aportes, permitía verificar el tratamiento tributario que tuvieron los ingresos del demandante en el año 2005, año en el que se realizaron los aportes, para así aclarar los aspectos incidentes en la correcta y oportuna determinación de dicho tributo (ET, art. 684, lit. f).

Por supuesto, ante tal finalidad fiscalizadora no se afecta la individualidad e independencia de las declaraciones de cada uno de los años gravables mencionados, ya que por encima de esos atributos se encuentra la justa contribución a los gastos e inversiones del Estado, establecido como deber constitucional (CP, art. 95, No. 9).



Desde esta perspectiva, se avala la adición de ingresos que dispusieron los actos demandados, porque el demandante retiró sus aportes voluntarios al Fondo de Pensiones Santander en el año 2006, es decir, un año después de haberlos consignado (2005), sin que concorra ninguna de las circunstancias excepcionales que previó el legislador tributario para omitir el cumplimiento de dicho requisito (*muerte o incapacidad que de derecho a la pensión y que se encuentre certificada conforme al régimen de seguridad social*).

En cuanto a la sanción impuesta por inexactitud, considera la Sala que la misma es procedente, porque además de que el retiro de aportes voluntarios en el 2006 debía declararse como ingreso gravable, el marco jurídico traído a colación en esta providencia no permite considerar diferencia de criterio alguna que exonere la aplicación del artículo 647 del ET en su rigor literal.

En efecto, la diferencia de criterios, que debe versar sobre el derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras declarados sean veraces y completos, opera como causal de exoneración de la sanción por inexactitud en la medida que se base en una argumentación sólida que, aunque equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable llevó al convencimiento que la actuación del contribuyente estaba amparada legalmente. No ocurre lo mismo, cuando a pesar de su apariencia jurídica, dicha actuación carece de fundamento objetivo y razonable⁹.

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 23 de abril de 2009, exp. 25000-23-27-000-2005-00129-01



Cuando la diferencia se presenta respecto de un criterio jurídico fundado en la ley y un criterio personal, carente de respaldo legal, la sanción debe mantenerse¹⁰.

En el caso de autos, como se anotó, el artículo 126-1 del ET es perfectamente entendible en cuanto al requisito de permanencia mínima de aportes voluntarios en los fondos de pensiones, y el no haber declarado los retirados que no cumplieron con esa permanencia, provocó la disminución de la base gravable para la liquidación del impuesto correspondiente, a propósito de lograr un menor tributo a cargo.

En consecuencia, la sanción por inexactitud debe mantenerse. En ese sentido, se entiende igualmente atendida la solicitud de adición y complementación de fallo, presentada junto con el recurso de apelación aquí decidido y cuyo propósito es absolutamente idéntico al de la alzada, de modo que esta instancia superior podía asumir directamente su conocimiento.

En este orden de ideas, correspondía negar las pretensiones de la demanda como en efecto lo dispuso el a quo.

En consecuencia, esta Sala confirmará la sentencia apelada.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 19 de agosto de 2010, exp. 16586



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

1. **CONFÍRMASE** la Sentencia del 17 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Omar Luis Suárez Galán contra la DIAN.

2. Reconócese personería para actuar como apoderada de la DIAN, a la abogada Olga Lucía Rodríguez López, en los términos del poder visible en el folio 12 de este cuaderno.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS



JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ